



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Handhaving van privaatrecht door toezichthouders

Hage, C.A.

### Citation

Hage, C. A. (2017, December 13). *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders. Meijersreeks*. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/57986>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/57986>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/57986> holds various files of this Leiden University dissertation.

**Author:** Hage, C.A.

**Title:** Handhaving van privaatrecht door toezichthouders

**Issue Date:** 2017-12-13

# 1 | Inleiding

## 1.1 TOEZICHT IN HET ALGEMEEN BELANG

‘Every individual... neither intends to promote the public interest, nor knows how much he is promoting it... he intends only his own security; and by directing that industry in such a manner as its produce may be of the greatest value, he intends only his own gain, and he is in this, as in many other cases, led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention.’<sup>1</sup>

Adam Smith, de Schotse moraalfilosoof, merkt in zijn meest bekende werk *The Wealth of Nations* op dat een onzichtbare hand de vrije markt leidt en dat deze onzichtbare hand het beste voor de maatschappij als geheel oplevert. Adam Smith geeft hiermee aan dat een goede marktwerking in het belang van het individu is en daarmee goed voor het algemene belang.

Ook de doelstelling van de Europese Unie is het bevorderen van een goede marktwerking op de interne markt, wat uiteindelijk goed zou zijn voor iedereen en meer in het bijzonder voor de consument. Voor een goede marktwerking is een *level playing field* noodzakelijk, hetgeen gelijkwaardige marktspelers vereist. ‘De onzichtbare hand’ werkt echter niet altijd even goed omdat partijen op de markt niet beschikken over gelijke marktmacht. Zo zijn er op de markt zwakke partijen die minder onderhandelingsmacht hebben. Hierbij kan gedacht worden aan consumenten of toetreders tot monopolistische markten. Op de website van de Europese Commissie wordt vermeld dat het bevorderen van mededinging goed is voor de consumenten omdat het meer keuzes mogelijk maakt, lagere prijzen realiseert, hogere kwaliteit bewerkstelligt en innovatie stimuleert.<sup>2</sup> Toezichthouders, opgericht naar publiekrecht, hebben dan ook onder meer tot taak het *level playing field* te creëren en/of te bewaken. Toezichthouders dienen daarmee het algemeen belang, namelijk het bevorderen van een goede marktwerking waaronder het beschermen van de belangen van zwakke partijen op de markt.

In Nederland is een keur aan toezichthouders te vinden. Zo is er de Autoriteit Financiële Markten (AFM). De AFM dient toezicht te houden op de financiële markten met onder andere als doel zwakke partijen te beschermen. In 2013

---

1 A. Smith, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Book IV, Chapter II, New York: MetaLibri 2007, p. 349 (originele editie, p. 456, par. 9).

2 [http://ec.europa.eu/competition/consumers/why\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/consumers/why_en.html)

is de Autoriteit Consument en Markt (ACM) ontstaan uit een fusie van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Consumentenautoriteit en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA). De ACM ziet er op toe dat bedrijven eerlijk concurreren met elkaar en dat belangen van zwakke partijen zoals consumenten beschermd worden.

Om de concurrentie te bevorderen, en dus het welzijn van iedereen, zijn onder invloed van de Europese Unie onder meer voormalige nutssectoren geliberaliseerd. Hierbij kan gedacht worden aan het spoor, de telefoniemarkt, de energiemarkt en ook de financiële markten. Voorheen publieke dienstverlening wordt meer en meer door marktwerking beheerst, waardoor publieke taken onderdeel zijn gaan uitmaken van de private markt en dus van het contractenrecht. Toezichthouders zien er op toe dat deze marktwerking in goede banen wordt geleid. Er zijn zodoende twee bewegingen waar te nemen. Enerzijds is er de deregulering en privatisering van overheidsbedrijven. Anderzijds wordt privaatrecht meer en meer gehandhaafd door toezichthouders.

## 1.2 TOEZICHTHOUDERS EN PRIVAATRECHT

Publiekrechtelijke toezichthouders worden in toenemende mate belast met het toezicht op belangrijke onderdelen van het privaatrecht, met name het contractenrecht. Gedacht kan worden aan de geschilbeslechtende functie van de ACM op grond van de Telecommunicatiewet (Tw), het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken door de ACM en handhaving door de AFM van de zorgplicht die banken hebben jegens cliënten.

De verplichting tot het instellen van onafhankelijke toezichthouders komt veelal voort uit Europese (mededingings)rechtelijke regels. Normaal gesproken wordt privaatrecht gehandhaafd door de civiele rechter met privaatrechtelijke instrumenten en op initiatief van burgers of rechtspersonen zelf. De oorsprong van het handhaven van privaatrecht door publiekrechtelijke toezichthouders ligt in de gedachte dat de handhaving van privaatrecht in bepaalde opzichten tekortschiet. Er is dan sprake van een 'systeemfalen'.<sup>3</sup> Dit tekortschieten zou er dan uit bestaan dat het privaatrecht niet geschikt is voor het realiseren van voldoende bescherming voor de zwakkere partij, het bevorderen van een goede marktwerking en/of het waarborgen van de onafhankelijkheid van voormalige staatsbedrijven.

Dit handhavingstekort wordt onder andere veroorzaakt door drempels die genomen dienen te worden om in het privaatrecht een actie te laten slagen. Zo dient er voor het verkrijgen van schadevergoeding sprake te zijn van

---

3 Zie voor term 'systeemfalen' I. Giesen, 'Handhaving in, via, door en met het privaatrecht: waar staan we nu?', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht. Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en publieke handhaving*, Den Haag: Bju 2009, p. 308.

schade, soms van een gestelde en bewezen tekortkoming en zal een afweging gemaakt dienen te worden tussen de kosten van een procedure en het belang dat gemoeid is met de actie.<sup>4</sup>

Een andere verklaring voor het handhavingstekort is te vinden in enkele specifieke kenmerken die het privaatrecht ten opzichte van het bestuursrecht heeft. Privaatrechtelijke regels worden vaak pas achteraf gehandhaafd (ex post). Privaatrechtelijke regels zijn in principe gericht op het herstel van de oorspronkelijke situatie.<sup>5</sup> Hiertegenover staat dat het bestuursrecht overwegend ex ante van karakter is en daarmee heeft bestuursrechtelijke handhaving een preventief karakter.

Met handhaving van privaatrecht zijn in principe alleen de betrokken partijen geholpen en de regels zijn bedoeld voor het specifieke individuele geval. Het bestuursrecht dient echter het algemeen belang en daarmee een breder doel dan slechts het bieden van een oplossing voor een individuele casus. Bestuursrechtelijke handhaving is er op gericht de overtreding te doen staken en is niet in eerste instantie gericht op het beschermen van individuen die lijden onder de overtreding. Het publieke belang is van ondergeschikt belang bij privaatrechtelijke handhaving.<sup>6</sup> In de parlementaire geschiedenis van de Wft is dat als volgt verwoord:

‘In principe kan het feit dat een bepaald gedrag ook reeds op grond van het civiele recht van een financiële onderneming wordt verlangd een reden zijn om het stellen van publiekrechtelijke regels achterwege te laten. Of dit wenselijk is hangt af van de vraag of het civiele recht het gedrag van de financiële ondernemingen voldoende (duidelijk) normeert en of de effectiviteit daarvan publiek toezicht overbodig maakt. Het regelen van aspecten van de relatie tussen klant en onderneming in publieke toezichtwetgeving biedt immers vergaande mogelijkheden om de naleving van regels af te dwingen.’<sup>7</sup>

Een ander verschil is dat een privaatrechtelijke sanctie in het algemeen pas mogelijk is als er sprake is van benadeling van individuen (ex post handhaving).<sup>8</sup> Een bestuursrechtelijke toezichthouder kan daarentegen overgaan

---

4 W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort (oratie Rotterdam)*, Den Haag: BJu 2006, par 3. In zijn oratie geeft Van Boom drie voorbeelden van tekortschietend privaatrecht; zie par. 3.

5 Van Boom 2006, p. 19; A.H. Scheltema & M. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht. Noodzakelijke veranderingen na de crisis* (preadvies), Deventer: Kluwer 2009, p. 65; F. Cafaggi & H.M. Watt, *The Regulatory Function of European Private Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. xxiv; W. Dijkshoorn, ‘Het privaatrecht is niet geschikt om het algemeen belang te dienen. Nou en?’, *NJB* 2012/2467, p. 3020-3024.

6 Scheltema & Scheltema 2009, p. 56.

7 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 317.

8 Scheltema & Scheltema 2009, p. 56.

tot handhaving zonder afhankelijk te zijn van individuele benadeelden.<sup>9</sup> Als professionele instantie met juridische kennis kan de toezichthouder overtredingen aanpakken en beoordelen.<sup>10</sup>

Handhaving van privaatrecht door publiekrechtelijke toezichthouders dient ertoe de tekorten van privaatrechtelijke handhaving op te vangen.

### 1.3 PUBLIEKRECHTELIJKE HANDHAVING VAN PRIVAATRECHTELIJK GEAARDE REGELS

Om de hiervoor genoemde publiekrechtelijke handhaving van privaatrechtelijk geaarde regels door publiekrechtelijke toezichthouders te bewerkstelligen, dient een juridische koppeling te worden gemaakt tussen de privaatrechtelijk geaarde regels en de handhavingsmiddelen van het bestuursrecht. Dit kan op twee manieren:

- door privaatrechtelijk geaarde regels te vertalen in zelfstandige bestuursrechtelijke regels in de bestuursrechtelijke wetgeving; en
- door in de bestuursrechtelijke wetgeving een verwijzing naar privaatrechtelijk geaarde regels in het BW op te nemen.<sup>11</sup>

Voorbeelden van een vertaling van privaatrechtelijk geaarde regels naar het bestuursrecht zijn te vinden in afdeling 4.2.3 van de Wft: 'Zorgvuldige dienstverlening'. In artikel 4:23 en 4:24 Wft is het ken-uw-cliënt-beginsel voor beleggingsdiensten te vinden. In artikel 4:24a Wft is zelfs een generieke zorgplicht opgenomen. Deze zorgplichten zijn (mede) afkomstig uit de civiele rechtspraak.<sup>12</sup>

Een voorbeeld van verwijzingen naar privaatrecht is te vinden in de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc). In de Whc wordt in de bijlage onderdeel a verwezen naar de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken<sup>13</sup> die is geïmplementeerd in artikel 6:193a e.v. BW. De ACM is bevoegd op grond van artikel 2.2 Whc deze richtlijn te handhaven.

<sup>9</sup> Het privaatrecht kent overigens wel de regeling van artikel 3:305d BW waarmee het hof Den Haag verzocht kan worden een overtreding uit de Whc te verbieden.

<sup>10</sup> Scheltema & Scheltema 2009, p. 57.

<sup>11</sup> O.O. Cherednychenko, 'Toezichtcontractenrecht: vooruitgang in het burgerlijk recht?', *Contracteren special Willem Grosheide* 2011/5.5, p.12. Zie ook Scheltema & Scheltema 2009, p. 62.

<sup>12</sup> Zie voor nadere uiteenzetting O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2010/11, p. 66.

<sup>13</sup> Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* L 149.

Incorporatie en verwijzing zijn twee manieren waarop privaatrechtelijk geaarde regels bestuursrechtelijk gehandhaafd kunnen worden.

De vorm waarin door een toezichthouder invulling wordt gegeven aan de handhaving van privaatrechtelijk geaarde regels is ook van invloed op de toepassing van privaatrechtelijk geaarde regels. Bijzondere vermelding verdient in dit kader artikel 12.2 Telecommunicatiewet (Tw). In dit artikel is de zogenaamde geschilbeslechtende functie van de ACM inzake telecomdisputen neergelegd. Op grond van artikel 12.2 Tw kunnen ondernemingen of aanbieders op de telecommunicatiemarkt geschillen voorleggen aan de ACM met betrekking tot bepaalde overtredingen van de Tw. Het besluit van de ACM kan directe gevolgen hebben voor de contractuele relatie van de marktpartijen.

In deze paragraaf is de term 'privaatrechtelijk geaarde regels' geïntroduceerd als begrip voor het type regelgeving dat in dit onderzoek centraal staat. De keuze voor deze term is louter pragmatisch en is bedoeld om daarmee regels aan te duiden, die als gemeenschappelijk kenmerk hebben dat ze naar hun inhoud gezien zijn te rekenen tot het terrein van het materiële (civiele) contractenrecht. Hier en daar spreek ik, tegen dezelfde achtergrond, ook kortweg van (handhaving van) 'privaatrecht'.

#### 1.4 HANDHAVING VAN PRIVAATRECHTELIJK GEAARDE REGELS DOOR TOEZICHTHOUDERS: EEN SCHETS VAN DE PROBLEMATIEK

In de literatuur wordt betoogd dat de klassieke scheiding tussen privaatrecht en bestuursrecht niet meer van deze tijd is.<sup>14</sup> Door Europeanisering en internationalisering staat de scheiding tussen publiek- en privaatrecht al enige tijd onder druk.<sup>15</sup> Het nationale recht is niet zomaar meer autonoom te noemen als gevolg van supranationale en internationale verdragen met directe en indirecte werking. Van meer recente datum zijn de sectorspecifieke regelgeving en de aandacht voor de directe of indirecte invloed van bestuursrechtelijke regelgeving op privaatrecht, meer in het bijzonder het contractenrecht.

Zonder de pretentie volledig te zijn, geef ik in deze paragraaf kort aan welke vragen en opvattingen in de literatuur worden aangetroffen met betrekking tot bestuursrechtelijke handhaving en de invloed daarvan op het privaatrecht.

Zo wordt in dit kader de vraag opgeworpen of überhaupt nog gesproken kan worden van een heldere scheiding tussen privaatrecht en bestuursrecht. Privaatrecht dat wordt gereguleerd via bestuursrecht en wordt gehandhaafd

---

14 W. van Gerven & S. Lierman, *Algemeen deel, veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 21.

15 Van Gerven & Lierman 2010, p. 9.

door toezichthouders wordt ook wel 'toezichtprivaatrecht',<sup>16</sup> 'regulatory contract law'<sup>17</sup> of 'competitive contract law'<sup>18</sup> genoemd. Houben stelt de vraag of er nog wel sprake is van privaatrecht. Zelf concludeert ze van wel en merkt op dat 'regulatory contract law' tot het contractenrecht behoort zolang dat contractenrecht niet wordt gedenatureerd.<sup>19</sup> Zoals reeds in paragraaf 1.3 opgemerkt hanteer ik in dit boek zoveel mogelijk de term privaatrechtelijk gearde regels.

Onduidelijk is vervolgens of de handhaving van privaatrecht per sector-specifieke toezichthouder verschilt en of de toezichthouders rekening houden met de privaatrechtelijke context waarin zij hun functie vervullen. De toezichthouders opereren, zoals in paragraaf 1.2 gesteld, vanuit het algemene belang en vervullen een belangrijke functie om het *level playing field* te waarborgen door hun rol van marktmeester. Maar zoals in paragraaf 1.3 is opgemerkt handhaven zij daarbij ook privaatrecht, althans de bestuursrechtelijke handhaving heeft in ieder geval invloed op het contractenrecht. Een voorbeeld hiervan is het voorschrift dat provisies voor bemiddelaars of adviseurs inzake financiële producten niet onredelijk mogen zijn gezien de aard en reikwijdte van de dienstverlening.<sup>20</sup> De vraag wordt opgeworpen of op deze wijze niet sprake is van de introductie van de *iustum pretium*-doctrine via de bestuursrechtelijke weg.<sup>21</sup>

In de literatuur wordt verder opgemerkt dat de toenemende handhaving van privaatrechtelijk gearde regels door publiekrechtelijke toezichthouders met zich meebrengt dat deze toezichthouders rechtsfiguren gaan verlangen die zij kennen uit het bestuursrecht.<sup>22</sup> Hierbij kan gedacht worden aan gedragsregels, klachtenregelingen en vormen van zelfregulering. In het bestuursrecht zijn gedragsregels en klachtenregelingen gangbaar om de verhouding tussen de overheid en burger te stroomlijnen. De verhouding tussen overheid en burger is immers per definitie een ongelijke verhouding. Onder invloed van het publiekrechtelijke toezicht verandert het privaatrecht, omdat toezichthouders ook van private partijen dergelijke uitgebreide gedragsregels en klachtenregelingen verlangen. Eenzelfde gedachte, de bescherming van de

---

16 O.O. Cherednychenko, 'Het private in het publiek recht: over de opmars van het financiële 'toezichtprivaatrecht' en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht', *RM-Themis* 2012/5, p. 223.

17 I.S.J. Houben, 'Toepassing van het contractenrecht in gereguleerde sectoren, alias 'regulatory contract law'', *WPNR* 2013/6998, p. 1085 e.v.

18 H.W. Micklitz, 'The concept of competitive contract law', *Penn State International Law Review* 2005/23, p. 549.

19 Houben 2013, p. 1091.

20 Zie artikel 86 BGfo.

21 Zie O.O. Cherednychenko, 'Provisieafspraken tussen cliënten en financiële dienstverleners: van de privaatrechtelijke contractsvrijheid naar de publiekrechtelijke *iustum pretium*', *Contracteren* 2012/2.2, p. 45-48.

22 M.W. Scheltema, 'De invloed van bestuursrechtelijke normen op het privaatrecht', *MvV* 2013/7.2, p. 188.

consument tegen machtige marktpartijen, is ook de reden achter publiekrechtelijk toezicht.

Een ander probleem is dat open normen en bestuursrechtelijke handhaving op gespannen voet lijken te staan. Het privaatrecht kent veel open normen, zoals redelijkheid en billijkheid en goede trouw, om twee heel bekende te noemen. Een punt van kritiek is dat handhaving van open normen met de bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen een spanning oplevert met artikel 7 EVRM (het bepaalbaarheidsgebod). Het bepaalbaarheidsgebod houdt in dat de norm voor de justitiabele voldoende kenbaar en voorzienbaar moet zijn, alvorens bijvoorbeeld een boete of last onder dwangsom kan worden opgelegd.<sup>23</sup> Bij de introductie van de Wet Oneerlijke handelspraktijken, waarin veel open normen zijn opgenomen, is er uiteindelijk voor gekozen om deze mede bestuursrechtelijk te handhaven. In de literatuur wordt opgemerkt dat er onvoldoende handvatten voor invulling van de open normen beschikbaar zijn. De civiele rechter heeft nog enig houvast aan wilsgebreken, het zorgvuldigheidsbeginsel en de jurisprudentie van artikel 6:194 (oud).<sup>24</sup> Dit zou niet gelden voor de ACM en de AFM. Er wordt dan ook gepleit voor meer *guidance* voor de markt door middel van bijvoorbeeld beleidsregels om de open normen zo meer in te vullen.<sup>25</sup> De *guidance* voor de markt moet een eigen op de richtlijn afgestemde consumentvriendelijke uitleg van de normen bevatten.<sup>26</sup> Overigens zijn er ook tegengeluiden waarin juist de wens tot minder *guidance* voor de markt doorklinkt.<sup>27</sup>

Men kan zich tevens afvragen of privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties zomaar over en weer in de verschillende rechtsgebieden ingezet kunnen worden (inwisselbaar zijn).<sup>28</sup> In paragraaf 1.2 zijn de kenmerken van *privaat-* respectievelijk *bestuursrechtelijke* sancties aangestipt. Het is evident dat rechtsregels en het daarop afgestemde handhavingskader in het ene rechtsgebied niet zomaar in het andere rechtsgebied van toepassing zijn. Onnodige verschillen in uitleg, toepassing of handhaving van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtsregels dienen voorkomen te worden in het belang van de rechtseenheid.<sup>29</sup> In de literatuur speelt dan ook de vraag of *privaat-*

---

23 EHRM 27 september 1995 (G. v. France), NJ 1996/49.

24 C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht: de oneerlijkeheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, p. 388.

25 Pavillon 2011, p. 522.

26 Pavillon 2011, p. 388.

27 T.C.A. Dijkhuizen & V.Y.E. Caria, 'De invulling van financieel open normen in een meerlagige rechtsorde', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde*, BWKJ 28, Deventer: Kluwer 2013, p. 109-121.

28 Scheltema 2013, p. 188.

29 M. Scheltema & M.W. Scheltema, 'Wat kan het privaatrecht leren van het bestuursrecht? Vervagende grenzen tussen bestuurs- en privaatrecht', *JBplus* 2012, p. 139. Zie ook M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2013, hs 1.

rechtelijk gearde regels buiten de context van het systeem van het privaatrecht kunnen worden geplaatst.<sup>30</sup>

Aan de in de literatuur opgeworpen vraagtekens en kritiek op vermenging van privaatrecht en bestuursrecht in de sectorspecifieke regelgeving liggen ook meer fundamentele vragen ten grondslag. In hoeverre is er nog ruimte voor partijen om contracten naar eigen inzicht in te vullen anders dan door publiekrechtelijke regelingen over te nemen? In hoeverre zijn privaatrechtelijke remedies (on)toereikend om de beoogde doelstellingen te bereiken en in hoeverre worden bij de bestuursrechtelijke handhaving van privaatrecht contractenrechtelijke beginselen nog gerespecteerd?<sup>31</sup> Tot slot, sluiten de bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhavingsmiddelen goed op elkaar aan of verdwaalt een rechtszoekende in een wirwar van regels en procedures?<sup>32</sup>

## 1.5 VRAAGSTELLING EN AFBAKENING

Dit onderzoek is enerzijds descriptief en anderzijds normatief van aard. De descriptieve vraag is hoe bestuursrechtelijke toezichthouders privaatrechtelijk gearde regels toepassen. Het uitgangspunt bij deze descriptieve vraag is dat privaatrechtelijk gearde regels in toenemende mate bestuursrechtelijk worden gehandhaafd. Aan de orde komen vragen als: welke regels van het privaatrecht worden gehandhaafd, waarom door de wetgever is gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving en welke bestuursrechtelijke instrumenten hiervoor gebruikt worden. Ik concentreer mij daarbij in dit onderzoek hoofdzakelijk op het contractenrecht.

Vanuit het antwoord op deze descriptieve vraag komt de normatieve vraag naar voren: in hoeverre lenen privaatrechtelijk gearde regels zich voor handhaving met bestuursrechtelijke middelen? Deelvragen die hierbij aan bod komen zijn: strijdt de achtergrond en visie van toezichthouders (niet) met het civiele recht en waarom zou bestuursrechtelijke handhaving meer geschikt zijn dan privaatrechtelijke handhaving om de doelstellingen van goede marktwerking en consumentenbescherming te bewerkstelligen? Om deze vragen te beantwoorden worden aan de hand van casestudies besluiten van toezichthouders geanalyseerd en vanuit privaatrechtelijk oogpunt nader geproblematiseerd. Deze analyse en problematisering houden onder meer in een vergelijking van de uitleg en toepassing van privaatrechtelijk gearde regels door toezicht-

---

30 Cherednychenko 2011, p.12. Zie ook Scheltema & Scheltema 2009, p. 63-64.

31 Dit zijn de voorwaarden die I.S.J. Houben stelt aan regulatory contract law wil het nog voldoen aan de definitie van contractenrecht. Zie Houben 2013, p. 1091.

32 Zie I.S.J. Houben 2013, p. 1091. Zie ook C.A. Hage, 'Telecomtoezicht door de ACM en de handhaving van het contractenrecht', *MvV* 2014/3.1, p. 55 e.v. en Scheltema 2013, p. 188 e.v.

houders met de uitleg en toepassing van deze regels door de civiele rechter, een beoordeling van de wijze waarop bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhavingsmiddelen zich tot elkaar verhouden en suggesties om, waar mogelijk, eventuele fricties te verminderen.

Er is gekozen voor drie onderzoeksgebieden: het telecommunicatierecht, het consumentenrecht en het financiële recht. Aanvankelijk opereerden hier ook drie toezichthouders. Door de totstandkoming van de ACM in 2013 gaat het nu in naam nog om twee toezichthouders. De drie onderzoeksgebieden zijn echter nog wel als drie aparte onderzoeksgebieden aan te duiden omdat de wetgeving op dit punt in essentie ongewijzigd is gebleven.

De reden voor de keuze van deze drie onderzoeksgebieden is gelegen in de verschillende kenmerken van de markten en de daarmee samenhangende verschillen in het toezicht. Het toezicht op het consumentenrecht is generiek en regels uit het BW worden bestuursrechtelijk gehandhaafd. De telecommarkt is een sectorspecifieke (netwerk)markt en het toezicht is mededingingsrechtelijk georiënteerd. Het toezicht op de financiële markten kent een lange geschiedenis en dient ter voorkoming van grote economische gevolgen die voelbaar zijn voor iedereen. Ook zijn in het financiële recht regels te vinden die een sterke gelijkenis (lijken te) kennen met regels uit het privaatrecht.

Door de keuze voor drie verschillende typen markten wordt de waarde van de uit het onderzoek te trekken conclusies verhoogd. Beperking van het onderzoek tot drie markten met vergelijkbare kenmerken zou wellicht meer eenduidige conclusies opleveren (bijvoorbeeld bij de keuze voor drie netwerkmarkten of drie consumentenmarkten), maar dan zouden deze conclusies minder betekenis hebben voor het grotere veld van de handhaving van privaatrechtelijk gearde regels door toezichthouders.

## 1.6 PLAN VAN AANPAK

In hoofdstuk 2 wordt aandacht besteed aan de achtergrond van de problematiek van handhaving van privaatrechtelijk gearde regels door bestuursrechtelijke toezichthouders. De achtergronden en doelstellingen van de handhaving van privaatrecht en bestuursrecht zullen nader worden belicht, alsmede de middelen waarmee in het privaatrecht respectievelijk bestuursrecht wordt gehandhaafd. Tevens wordt belicht waarom toezichthouders zijn ingesteld en wat de functies van deze toezichthouders zijn.

In hoofdstuk 3 wordt het toezicht door de ACM, voorheen OPTA, op de telecommarkt geanalyseerd. Het betreft hier een zogenaamde netwerkmarkt die voorheen werd beheerst door een staatsbedrijf, de Koninklijke PTT Nederland B.V. Vervolgens is de markt geliberaliseerd, maar bleef KPN, als rechtsopvolger van PTT op de telefoniemarkt, als monopolist veel macht houden. Om de toetredingsdrempels voor nieuwkomers te verlagen en om zo de marktwerking te stimuleren, zijn verschillende juridische regels in het leven

geroepen. Voorbeelden van andere geliberaliseerde netwerkmarkten zijn het openbaar vervoer, de energiemarkt en de watermarkt.

Vervolgens wordt in hoofdstuk 4 de consumentenbescherming door de ACM onderzocht. Met de inwerkingtreding van de Whc is de Consumentenautoriteit opgericht. Inmiddels is de Consumentenautoriteit opgegaan in de ACM. Op grond van de Whc is de ACM verantwoordelijk voor de handhaving van deze wetgeving. Het doel is een eerlijke handel tussen bedrijven en consumenten te bevorderen. De wettelijke taken zijn in dat licht het tegengaan van collectieve inbreuken op het consumentenrecht. Het betreft een meer generiek toezicht. De afdeling oneerlijke handelspraktijken uit Boek 6 BW wordt daarbij volledig bestuursrechtelijk gehandhaafd. In deze afdeling staan open normen. Open normen en handhaving door middel van bestuursrechtelijke handhavingmiddelen als een boete en last onder dwangsom kunnen, zoals reeds opgemerkt in paragraaf 1.4, op gespannen voet staan met artikel 7 EVRM.

In hoofdstuk 5 komt het toezicht door de AFM aan bod. De AFM is belast met het gedragstoezicht op de financiële markten. Gedragstoezicht is gericht op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten. Het publieke belang in de financiële sector is sterk gebaat bij een goede bescherming van de consument. Naast producten die op zichzelf schadelijk zijn voor het goed functioneren van de markt, zoals woekerpolissen, zijn er ook financiële producten die op zichzelf beschouwd niet schadelijk hoeven te zijn voor het publieke belang. Gezien echter het feit dat zij massaal verkocht worden en afhankelijk zijn van factoren met een algemeen karakter, zoals de rentestand, kunnen deze producten wel een risico voor het algemene belang vormen. Hierbij kan gedacht worden aan te hoge leningen.

Om te analyseren hoe toezichthouders privaatrechtelijk gearde regels handhaven is gekozen voor casestudies, waarbij de toepassing van het contractrecht centraal komt te staan. Deze analyse wordt gemaakt aan de hand van besluiten van de toezichthouders, uitspraken in beroep van de rechtbank met speciale competentie (de rechtbank Rotterdam) en uitspraken in hoger beroep van het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Het vertrekpunt is dan ook de besluiten van de toezichthouders. Per onderzoeksgebied worden de kenmerken van de specifieke markt beschreven, evenals de relevante Europese en nationale regelgeving. Vervolgens worden de verschillende relevante uitspraken van de desbetreffende toezichthouder besproken. Hierbij wordt telkens getracht een koppeling te maken naar het reguliere privaatrecht.

Een externe rechtsvergelijking met buitenlands recht zal in dit boek niet worden gemaakt. De reden hiervoor is dat onder meer al een vergelijking gemaakt wordt tussen privaatrecht en bestuursrecht en ook in andere rechtstelsels verschillen bestaan tussen definities van privaatrecht en publiekrecht. Het voert te ver om dergelijke verschillen eerst in kaart te brengen om vervolgens het recht te kunnen vergelijken.

Tot slot worden in hoofdstuk 6 de bevindingen weergegeven in relatie tot de vraag hoe bestuursrechtelijke toezichthouders privaatrechtelijk geaarde regels handhaven en in hoeverre privaatrechtelijk geaarde regels zich lenen voor handhaving met bestuursrechtelijke middelen. Ook zullen op de daarvoor in aanmerking komende plaatsen aanbevelingen worden gedaan om te voorzien in de in dit boek gesignaleerde handhavingsproblemen. In paragraaf 6.4 wordt, op basis van de bevindingen uit de casestudies, gezocht naar een denkrichting die behulpzaam kan zijn bij het vinden van oplossingen aangaande de onderhavige problematiek. Zo zal in het kort aandacht worden besteed aan pogingen om het privaatrecht en publiekrecht beter op elkaar af te stemmen (complementariteit) en aan handhavingsvormen waarbij de sterke kanten van privaatrechtelijke respectievelijk bestuursrechtelijke handhavingsvormen worden gecombineerd in een hybride vorm. Het zal hier bij een aanzet moeten blijven; een uitwerking vereist nader onderzoek.

Het onderzoek is afgesloten op 1 juli 2017. Wetgeving, rechtspraak en literatuur van na die datum is in beginsel niet meer verwerkt.

